

LA SEGUNDA OPORTUNIDAD EN ESPAÑA: UNA VISIÓN PERSONAL

DISCURSO DE INGRESO COMO NUEVO
ACADÉMICO DE LA ACADEMIA DE
CIENCIAS, ARTES Y LETRAS DE HUELVA.

De Tomas Giménez Villanueva.

Huelva, 4 de diciembre de 2018.

Excelentísimo señor Presidente del Instituto de Academias de Andalucía, excelentísimo señor Presidente, ilustrísimos Académicos, Autoridades, familiares y amigos.

“Paréceme Sancho, que no hay refrán que no sea verdadero, porque todos son sentencias sacadas de la misma experiencia, madre de las ciencias todas, especialmente aquel que dice: “donde una puerta se cierra, otra se abre”.

- Don Quijote de la Mancha en el capítulo XXI de la primera parte de El Ingenioso Hidalgo

Don Quijote de la Mancha. Miguel de Cervantes
1605.

“Cuando una puerta se cierra, otra se abre, pero muchas veces miramos por tanto tiempo y con tanto pesar a la puerta cerrada que no vemos la puerta que se nos ha abierto”

- Alexander Graham Bell. Escocia 3 marzo de 1847, Canadá 2 de agosto de 1922.

Quiero, antes de continuar, expresar varios agradecimientos y una disculpa.

Agradezco a todos los ilustres miembros de la Academia de Ciencias, Artes y Letras de Huelva la consideración y el privilegio, inmerecido sin duda, que me conceden permitiéndome pertenecer a una institución a la que tanto admiro y respeto

Es un auténtico honor pertenecer a ella como Académico por lo que me comprometo a poner todo el esfuerzo posible para contribuir al desarrollo de la Academia y a la consecución de sus objetivos y fines fundacionales.

También quiero agradecer al Ilustrísimo Colegio de Abogados de Huelva por acogernos en este salón de actos que puso a nuestra disposición sin dudarlo.

El colegio de Abogados, a través de su Vicedecano D Fernando Vergel en contestación nuestra solicitud, me hizo sentir una vez más en mi Colegio, al que pertenezco desde hace años como abogado no ejerciente.

Y cómo no, agradecerles a todos ustedes, su presencia y apoyo en este Discurso de ingreso en la Academia.

En mi Colegio, con el calor y el apoyo de mi familia, mis compañeros y mis amigos, más en campo propio, más “en casa” no me puedo sentir.

Y quiero solicitar excusas anticipadas a la Academia y a la Audiencia por lo farragoso y árido del tema elegido para este discurso, y por lo que va a parecer, o va a ser, un exceso de perspectiva personal en su tratamiento.

Para ayudar a que me concedan ese perdón y me exoneren de mi responsabilidad, voy a intentar explicar el motivo de ambas cosas.

En torno al año 2002 se incorporó a la Universidad de Huelva un profesor que venía de fuera para trabajar en el Área de Derecho Mercantil, de la que he sido colaborador desde el nacimiento de la Universidad. Tenía el recién llegado por aquel entonces pocos amigos y conocidos en Huelva y en la propia Universidad. La casualidad hizo que iniciara con él una relación amistosa esporádica pero muy constante y duradera que poco a poco se fue convirtiendo en una auténtica admiración doctrinal e intelectual. Esa admiración se vio incrementada, seguro, por la que le tenía mi gran amigo y compañero Miguel Ferre (a quien tanto echo de menos), pese a lo incomprensible que era que Miguel le tuviera respeto intelectual a un madridista.

Pues bien, algunos años más tarde, pero antes del inicio de la reciente crisis económica, este profesor dictó una conferencia en el Ayuntamiento de Huelva sobre el Concurso de Acreedores, materia de la que es experto y sobre la que tiene reconocida una sobrada autoridad jurídica. Allí habló de una forma apasionada de la Naturaleza Jurídica de las Acciones Rescisorias en el Concurso. Hablar apasionadamente de un tema así es algo reservado a los Grandes del

Derecho. Pero además, y eso dejó una mayor huella en mí, planteo un panorama del futuro económico que entonces casi nadie vislumbraba, centrándose no solo en las dificultades, cierres y ruinas de las empresas y empresarios, sino también en el endeudamiento excesivo de personas físicas y familias, a los que iban a llegar también sus dificultades económicas y en muchos casos su ruina, si no se ponía remedio y para los que reclamaba apoyos y soluciones. Es muy grato para mí resaltar como en este caso y en tantos otros, la Universidad de Huelva, el Departamento Theodor Mommsen y sus profesores como investigadores cumplen con una de sus obligaciones con brillantez al anticiparse a los acontecimientos y estudiar y proponer soluciones para las situaciones que se van a producir en años venideros.

Esta búsqueda de soluciones me hizo interesarme por la liberación de deudas y mecanismos de segunda oportunidad que tratan en el fondo de suavizar, mitigar y reinterpretar uno de los pilares de nuestro derecho civil como es el principio de la responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 del Código Civil).

Como no ha podido venir y no se puede defender no cito su nombre pero descargo en él y su apasionamiento la responsabilidad de haberme conducido a elegir para este discurso un tema tan árido y complejo, pues fue él quien me fue manteniendo al día de las reformas concursales y quien me hizo participar en una ponencia sobre el Acuerdo Extrajudicial de Pagos en sede universitaria con la Ley de 2015 recién promulgada.

Además, por otros cauces, se había despertado en mí un interés por la Mediación como la mejor forma de resolver los conflictos entre los particulares. Soy un auténtico convencido de su gran utilidad y futuro. Siempre digo a mis amigos abogados, a los que no convence su utilización, que se olviden de ser mediadores y se preparen para asesorar y defender a sus clientes en los procesos de Mediación.

Todos estos impulsos e intereses me deberían haber convertido en un "casi experto" en la Segunda Oportunidad de los particulares, lo que no parece ser especialmente difícil ya que se trata prácticamente de estudiar un solo artículo de la Ley Concursal, el 242 Bis. No lo he logrado. Ni siquiera he podido

desentrañar el motivo por el cual es el 242 Bis y no el 243 siendo el último artículo de la Ley. No obstante sí que creo que podré exponer algo sobre la materia, aunque sea aburrido en exceso.

Desde que me comunicaron mis nuevos compañeros Académicos la decisión del pleno de mi incorporación a esta institución, tenía prácticamente decidido que iba a tratar esta materia en mi discurso de ingreso. De entonces hasta hoy, se han producido en mi vida una serie de circunstancias que han influido intensamente en el tema elegido y en mi visión para exponerlo.

Por mi mala cabeza en expresión de Pastora, sufrí un infarto del que gracias a su apoyo, el de mis hijos, de mi numerosa familia, de mis compañeros, de tantos amigos y de la excelencia de grandes profesionales de la medicina, la profesionalidad y buen hacer de los integrantes del hospital donde me atendieron, he salido o estoy saliendo. Lo vi claro, una puerta se cerraba y la principal enseñanza de lo ocurrido no era otra que la de ser consciente de que la vida me estaba dando una segunda oportunidad que no todos tienen la suerte de disfrutar y que estoy obligado a

aprovechar. Si tenía prácticamente decidido tratar en este Discurso de la segunda oportunidad, ésta “mi segunda oportunidad” me ha despejado todo tipo de dudas.

Esto último me hace darle a mi exposición una versión personal en exceso y valorar mejor a todos aquellos que colaboran y facilitan las segundas oportunidades del tipo que sean.

Este estudio se va a centrar en exclusiva en la Segunda Oportunidad para los llamados por la Ley Concursal, en su redacción dada por la Ley 25/2015 de 28 de julio, Personas Naturales No Empresarias. Una denominación que ha de deberse sin duda a un alarde de ignorancia gramatical y escasez de vocabulario del legislador, que define de esta manera que pretende ser descriptiva a aquellas personas físicas (naturales en contraposición a personas jurídicas) que no sean empresarios.

Lo que nos obliga a definir a las personas naturales no Empresario a contrario de lo que entiende la ley concursal en su artículo 231 como Persona Natural Empresario, que será:

1. Persona Natural que tenga la consideración de empresario por legislación mercantil.
2. Persona Natural que ejerza actividades profesionales.
3. Persona Natural que tenga la consideración de Empresario a los efectos de la legislación de la Seguridad Social.
4. Persona Natral que sea trabajador autónomo.

Así las cosas, la calificación de persona natural no empresario le será solo de aplicación a los deudores que sean trabajadores por cuenta ajena, funcionarios, pensionistas, consumidores y a los llamados NINA sin ingresos y sin activos (no income no asset).

El Acuerdo Extrajudicial de Pagos para las personas naturales con actividad empresarial se habrá de iniciar a través de los registros mercantiles o de las Cámaras de Comercio, Industria, Navegación y Servicios. El notario es el competente solo para el inicio de estos expedientes de la persona natural no empresario. Y solo a ellos se refiere este estudio.

La conocida como Ley de la Segunda Oportunidad, está definida legalmente como "de Mecanismo de

Segunda Oportunidad" (Ley 25/2015 de 28 de julio) estableciendo después de varios y variados intentos legislativos definitivamente, de momento, un régimen para conceder a las personas naturales la oportunidad de que , a pesar de un fracaso económico o personal, tengan la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida, e incluso arriesgarse a nuevas iniciativas sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deudas que nunca podrán satisfacer.

El mecanismo funciona con la conjunción de tres instituciones jurídicas de nueva creación en nuestro derecho: el Acuerdo Extrajudicial de Pagos (AEP), también llamado simplemente Mediación Concursal; el Concurso Consecutivo (CC) y el Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho (BEPI), y se citan, en muchas ocasiones, por sus siglas o acrónimos: AEP, CC y BEPI.

Para entenderlas, no queda más remedio que hacer una breve exposición de su regulación.

ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

El procedimiento y régimen del AEP está regulado en el Título X de la Ley Concursal (artículos 231 a 242

bis) se trata de un régimen desjudializado y preconsursal que se convierte en una herramienta al servicio de deudores en apuros y sus acreedores, con el fin de lograr un acuerdo que evite el más complicado y costoso trámite del Concurso de Acreedores y facilite la superación de situaciones de insolvencia. Pero se prevé su fracaso estableciendo en el artículo 242 el Concurso Consecutivo, por su incumplimiento o como consecuencia de su anulación. El artículo 242 contiene una norma importantísima y de gran alcance, en su número nueve, "en caso de deudor persona natural, si el concurso (Consecutivo) se califica como fortuito, el juez en el auto de conclusión declarará la exoneración del pasivo insatisfecho, cumpliendo, claro está, los requisitos y efectos del artículo 178 bis.

Esto es, aunque parezca, una contradicción, muchas veces, el motivo del éxito del Acuerdo Extrajudicial de Pagos, ya que en no pocos casos se utiliza aun sabiendo que va a fracasar para abrir la vía del BEPI regulado en los artículos 242 y 178 bis.

Este último artículo en su número 3 3º exige para el BEPI que el deudor haya celebrado o intentado celebrar un acuerdo Extrajudicial de Pagos. Añadiendo en el 4º la exigencia para el BEPI de satisfacer íntegramente solo los créditos contra la masa y los privilegiados si ha intentado el AEP. Si no lo han intentado, el AEP, además de los créditos privilegiados y los contra la masa, habría de satisfacer al menor el 25% de los créditos ordinarios.

El AEP lo puede solicitar el deudor persona natural con una estimación de pasivo que no supere los 5 millones de euros, que se encuentre en situación de insolvencia o que prevea que no podrá cumplir regularmente sus obligaciones.

El AEP lo dirige un Mediador Concursal designado por el notario con competencia en el domicilio del deudor a quien se le ha de solicitar dicho nombramiento.

La solicitud se hará mediante formulario suscrito por el deudor, que incluirá lo exigido por el artículo 232 y algún requisito más, añadido por la Orden del Ministerio de Justicia de 17 de diciembre de 2017, que lo aprueba excediéndose sin duda en sus

competencia, pues exige, por ejemplo, una información sobre el cambio de domicilio o certificaciones registrales literales no requeridas por la ley. El deudor, persona casada, salvo que este en régimen de separación de bienes, indicara la identidad de su cónyuge. Si ambos cónyuges son propietarios de la vivienda familiar la solicitud se realizara por ambos o por uno con el consentimiento del otro.

Los plazos corren muy rápido en aras a la agilidad del procedimiento, por ello el notario ha de comunicar inmediatamente al juzgado competente, de oficio, la apertura de negociaciones y tiene un plazo de 5 días para designar Mediador Concursal. Éste tiene a su vez cinco días para aceptar. El Mediador Concursal es la figura central en las tres instituciones que conforman el mecanismo. Deberá reunir la condición de Mediador de acuerdo con la ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles y las condiciones previstas en el artículo 27 de la Ley Concursal para los Administradores Concursales.

El nombramiento habrá de recaer en la persona a la que corresponda de forma secuencial entre las que

figuren en la lista oficial que publica el Portal de BOE suministrado por el registro de Mediadores e Instituciones de mediación del Ministerio de Justicia. Las comunicaciones del notario con el mediador concursal y con el Registro Público Concursal están reguladas por la Instrucción de 5 de febrero de 2018 de la Dirección General de Registros y Notariado relativa al sistema de designación del mediador concursal, a la comunicación de los datos del deudor y su publicación.

Si el mediador no acepta, el notario podrá designar al siguiente de la lista y así sucesivamente. Si no acepta ninguno de la provincia, se acudirá a los de las provincias limítrofes, si tampoco a los de la Comunidad Autónoma y por último a los de todo el Estado. La única sanción prevista para el Mediador Concursal que no acepta es pasar a ser el último de la lista.

Además de al juzgado, el notario dará cuenta, remitiendo copia del documento del inicio de las negociaciones y del nombramiento del Mediador Concursal a los Registros Públicos de Bienes para su anotación preventiva, al Registro Civil, y ordenará su

publicación en el Registro Público Concursal. Además, por medios electrónicos, lo pondrá en conocimiento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social, aunque no sean acreedoras.

(/Parece existir una contradicción con respecto al momento en que el notario ha de comunicar al juzgado la apertura de las negociaciones ya que según el artículo 233.3 la comunicación se hace una vez que ha aceptado el mediador y según el artículo 242 bis 1. 2º se ha comunicar antes, incluso, de designarlo./)

El Mediador Concursal convocará, por medios electrónicos, una reunión con el deudor y los acreedores en el plazo de 10 días desde la aceptación de su cargo, para que se celebre en 30 días desde su convocatoria. Quince días naturales antes de la reunión se ha de enviar una propuesta de acuerdo y los acreedores podrán remitir propuestas alternativas en los 10 días naturales posteriores a su recepción, pero siempre antes de la reunión. La propuesta de acuerdo ha de contener solo:

- Esperas de un máximo de 10 años.

- Quitas sin límite, ya que se suprimió el del 25% previsto en la original redacción de la Ley 14/2013.
- Cesión de bienes o derechos.

El acuerdo ha de ser adoptado por mayorías:

- del 60% para esperas de menos de 5 años y quitas no superiores al 25%.
- del 75% para esperas de hasta 10 años y quitas que superen el 25%.

El acuerdo puede afectar a los acreedores con créditos (privilegiados) con garantía real, por lo que exceda del valor de la garantía, pero nunca a los de Derecho Público (Hacienda, SS y Ayuntamiento)

Para que afecte a los acreedores con créditos con garantía real en lo que no exceda de su garantía, éstos deberán haber votado a favor del acuerdo, aunque también pueden quedar vinculados si el acuerdo se adopta con las mayorías reforzadas que establece la propia ley.

La propuesta aceptada se eleva a escritura pública y se publica en el Registro Concursal. El MC supervisa

su cumplimiento levantando la correspondiente acta cuando se haya cumplido íntegramente.

El plazo para lograr el Acuerdo es de dos meses que coincide con el periodo de suspensión de las ejecuciones. Si no se logra el Acuerdo en esos dos meses el Mediador o en su caso el Notario deberán solicitar el Concurso Consecutivo dentro de los 10 días siguientes.

El mecanismo tiene unas especialidades cuando según el artículo 242 bis 1.3º el notario impulse las negociaciones entre el deudor y sus acreedores. No se trata de el Notario que se transforma en Mediador Concursal. No es un Notario Mediador, es un Notario Impulsor, aunque puede discrecionalmente no serlo y nombrar un Mediador Concursal si lo estima conveniente. Será obligatorio nombrar ese Mediador Concursal si así lo solicita el deudor, no pudiendo ser en ese caso el Notario el que impulse según el artículo 242 bis 1-5.

Aquí no hay nombramiento aleatorio. El deudor, si hay varios notarios en su domicilio, puede elegir el que le parezca que va a impulsar mejor las negociaciones.

Si el Mediador Concursal ha sido definido, con razón, como un nuevo héroe para una nueva era (frase acuñada por el profesor Prats para El Emprendedor), el que llamaremos "notario impulsor" tiene una difícil definición. Quizás la más apropiada sea la de "heroe insensato" o mejor pródigo, pues su figura, retribución y complejidad en la actuación es igual que la del Mediador Concursal pero con más responsabilidades, incluso pendientes de definir reglamentariamente (242 bis .2).

La intervención del notario en la AEP, a la que me tengo que referir por deformación profesional y por razones obvias, ha dado origen a una controversia entre los que piensan que es oportuna su inclusión por el legislador, pues proporciona transparencia y fehaciencia al expediente y los que opinan, como el profesor Pardo Ibáñez y el magistrado asesor del Ministerio de Justicia Puigcerver Asor, que su figura distorsiona el procedimiento, su designación no es aleatoria y por lo tanto distinta a la del Mediador Concursal, por lo que el deudor puede elegirlo en algunos casos (plazas con varios notarios o con un cambio de domicilio), no tiene formación en mediación y su intervención obliga a que participen

más profesionales en el procedimiento, encareciéndolo, si se llega al Concurso Consecutivo y hay que nombrar Administrador Concursal a otra persona. En mi opinión, el notario aporta transparencia y seguridad jurídica preventiva y tiene formación suficiente, ya que el Mediador Concursal, a quien sustituye, lo único que tiene de mediador es el nombre. La formación de los notarios en la Mediación se está incrementando y especializando con el impulso que los colegios notariales le están dando directamente o por medio de Fundaciones, como el Colegio de Madrid y el de Andalucía con sus respectivas Fundaciones Singnum (Madrid) y Nexum (Andalucía).

Su inclusión en el procedimiento está de sobra justificada por el valor añadido que aporta, siempre que el AEP busque de verdad la finalidad de llegar a un acuerdo.

Si parece que distorsiona el procedimiento la actuación del notario en cualquier fase del mecanismo en aquellos casos en los que el AEP se utiliza meramente como un trámite para conseguir el BEPI. En estos casos, si los detecta, el Notario

debería limitarse a abrir el expediente, designar al mediador, hacer las notificaciones pertinentes y redactar las actas por las que finalice cuando sea requerido.

EFFECTOS:

Una vez solicitada la apertura , el deudor podrá continuar su actividad laboral, aunque se abstendrá de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda de los actos u operaciones propias de su actividad, habiéndose suprimido las limitaciones excesivas que se establecían en la normativa original, tales como la no utilización de tarjetas de crédito.

Mientras se negocia el AEP el deudor no puede ser declarado en concurso.

Los acreedores no podrán iniciar ni continuar ejecuciones judiciales o extrajudiciales hasta un plazo de dos meses. El procedimiento sobre la vivienda habitual quedará paralizado.

Se suspende el devengo de intereses.

EL CONCURSO CONSECUTIVO.

Se inicia tras el fracaso del Acuerdo Extrajudicial de Pagos de la persona natural no empresario.

Establece el 242 bis 1.10º que se abrirá directamente en la fase de liquidación. En todo caso se registrará por lo dispuesto para el procedimiento abreviado.

A la solicitud formulada por el MC se acompañará un plan de liquidación y el informe en el que debe pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos necesarios para el BEPI.

- Salvo justa causa el juez designará administrador del concurso al Mediador Concursal, y como ya sabemos en el caso de deudor persona natural, si el concurso se califica como fortuito el juez declarará la exoneración del pasivo insatisfecho.

Evidentemente, puesto que el notario no puede ser Administrador Concursal en el caso de que aquel haya actuado como impulsor de las negociaciones, el juez nombrará a una persona distinta como Administrador Concursal.

En la materia concursal, y no por capricho, sino por mandato del art 8 de la Ley Concursal, cuando nos referimos al juzgado competente pensamos siempre en los Juzgados de lo Mercantil, pero pese a que el

art 8 sigue manteniendo la dicción "son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil", la ley 7/2015 del 21 de julio que reforma la ley Orgánica del Poder Judicial introduce un apartado 6 a su artículo 85 concediendo la competencia a los Juzgados de 1ª Instancia sobre los concursos de "Personas Naturales que no sean empresarios en los términos previstos en su ley reguladora". Incluyendo, además, un artículo 86 ter en la Ley Orgánica Poder Judicial que en su número 1 encomienda a los juzgados de lo mercantil cuantas gestiones se susciten en materia concursal "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 85.6".

Pese a esta separación de competencias en 1ª instancia, se mantiene la asignación a las Secciones Especializadas en Mercantil de las Audiencias Provinciales para entender "de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los juzgados de 1º Instancia en los procedimientos relativos a concursos de personas físicas".

BENEFICIO DE EXONERACION DE PASIVO INSATISFECHO. BEPI.

El Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho de la persona natural no empresario solo va a ser posible para los deudores que lo soliciten de los que se puedan calificar como de Buena Fe. Así se proclama desde el preámbulo de la ley cuando dice que muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan al control del deudor de buena fe. Propone la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento como una cuestión ética para ofrecer salidas razonables a los deudores que por una alteración totalmente imprevista y sobrevenida no pueden cumplir con sus compromisos. Aunque también expresa la "consideración ética" de que esa "salida" debe cohonestarse con la protección que el ordenamiento jurídico ofrece a los derechos del acreedor, considerando como premisa difícilmente discutible que el deudor que cumple siempre debe ser de mejor condición que el que no lo hace.

Esta última idea, aunque se recoge expresamente en el Preámbulo de la Ley, no ha sido trasladada a ningún precepto. Ha quedado huérfana de regulación desesperando a la doctrina, encabezada por la profesora Cuenca Casas que con tantísimo ahínco y razón propone la introducción en nuestro

Ordenamiento Jurídico de los listados positivos de Solvencia.

Para que se considere esa buena fe, se señalan como requisitos:

1. El concurso NO ha de ser calificado como culpable,
2. El deudor NO ha debido ser condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso.
3. Que haya celebrado o, al menos intentado celebrar, un Acuerdo Extrajudicial de Pagos. Requisito éste último que no queda satisfactoriamente definido por lo que ocasiona y ocasionará hasta que se aclare problemas de interpretación. Me refiero, fundamentalmente, a la indeterminación del concepto "intentado celebrar" en el que la falta de concreción resulta evidente.

Además de la buena fe del deudor, se ha de cumplir con la premisa de haberse producido la liquidación de

la masa activa; el administrador concursal ha debido, por tanto, realizar todos los bienes y derechos de contenido patrimonial. O que el concurso haya finalizado por insuficiencia de bienes y derechos para pagar los créditos contra la masa.

A partir de aquí existen dos caminos alternativos para obtener el Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho:

* Primero, el basado en los números tercero y cuarto del artículo 178 bis .3 de la Ley Concursal, que lo obtiene con carácter definitivo aquel deudor que, cumpliendo los requisitos generales, haya pagado:

- Los créditos contra la masa en su totalidad.
- Todos los créditos concursales privilegiados tanto generales como especiales que son, normalmente, los de derecho público y los de garantía real.
- Al menos una cuarta parte (el 25% dice la ley) de los créditos ordinarios, entre los que se encuentran los créditos con garantía real por lo que exceda del valor de la garantía.

La exigencia del pago del 25% de los créditos ordinarios desaparece si el concursado hubiera

intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos previo.

(/No se sabe quién será el deudor que tenga la obligación de pago de la cuarta parte de los créditos ordinarios por no haber intentado ese previo AEP para conseguir el BEPI, pues según el 178 bis 3 .3º, el haber celebrado, o al menos intentado celebrar, un AEP es un requisito imprescindible para acreditar la buena fe que se necesita para conseguir el BEPI. Quizá aquellos deudores que de acuerdo con el art 231 no podrían formular la solicitud o no podría acceder al Acuerdo Extrajudicial de Pagos./)

* Segundo, y alternativamente al anterior, el propuesto por el número 5 del mismo artículo con carácter provisional, que exige que el deudor que lo solicite:

- Acepte someterse a un plan de pagos de 5 años de duración o de más plazo si tuvieran las deudas un vencimiento posterior, y una vez cumplido, el juez declara el carácter definitivo de la exoneración.
- Cumpla con las obligaciones de colaboración establecidas para todos los concursados.

- No haya obtenido ya un BEPI en los últimos 10 años.
- No haya rechazado en los cuatro años anteriores una oferta de empleo adecuada a su capacidad.
- Y acepte de forma expresa que se haga constar en el registro público concursal por un plazo de cinco años.

* Tercero, existe una tercera opción para el caso de 178 bis 3.5º sin que se llegue a cumplir el plan de pagos ya que el juez podrá declarar el BEPI si el deudor ha destinado a su cumplimiento al menos la mitad de sus ingresos o en el caso de unidades familiares de especial vulnerabilidad haya destinado una cuarta parte de ellos.

Pese a lo complejo y dificultoso del procedimiento, se añade una protección más a los acreedores, pues el BEPI puede ser revocado hasta los cinco años siguientes a su declaración si se producen circunstancias como que se constate la existencia de bienes, ingresos o derechos ocultados; o que mejorase la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación, o juego de suerte, envite o azar.

Incluso se podrá revocar, pasados esos cinco años, si se prueba por algún acreedor, la ocultación de ingresos, bienes o derechos.

No podemos dar por explicado el BEPI sin hacer una referencia aunque sea somera a una de sus consecuencias: la posición jurídica de los fiadores y coobligados solidarios.

En el art 1847 Código Civil se recoge lo que la doctrina ha considerado el principio básico de accesoriedad de la fianza: "la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas (que las demás obligaciones)". Con su aplicación quedaría claro que al extinguirse la obligación del deudor, como consecuencia de la exoneración, quedaría extinguida la obligación del fiador. Sin embargo la Ley de Mecanismo para la segunda oportunidad, que ya creo que podemos calificar como enrevesada y rompedora, vuelve a excepcionar otro de los pilares de nuestro ordenamiento civil, el de la accesoriedad de la fianza junto con el principio del 1838 y 1839 del código civil, que fundamenta que el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por este subrogándose

en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor; al establecer en el artículo 178 bis 5 de la ley Concursal que quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, pese a la exoneración de las deudas. Se dispone, además, que todos ellos, coobligados, fiadores, avalistas, pierden por mandato de la ley el derecho a subrogarse en la posición que el acreedor, al que han pagado, tenga con el concursado, salvo que se revocase la exoneración. En resumidas cuentas, salvo que se logre una revocación del BEPI por las causas tasadas que hemos visto antes, el fiador mantiene su obligación de pago frente al acreedor y pierde su derecho de reclamación contra el deudor exonerado.

Para los concursados casados, en régimen económico de gananciales o de comunidad, el BEPI se extiende al cónyuge, aunque no hubiera declarado su propio concurso.

ORIGEN EN ESPAÑA DE LAS NORMAS PARA LA SEGUNDA OPORTUNIDAD.

La segunda oportunidad, según nos han explicado de forma generalizada, es un concepto jurídico que tiene bastante antigüedad en lo que fue llamado el Nuevo Mundo, sobre todo en la América del norte, donde es conocido como "Fresh Start" y "Discharge". Allí el fracaso económico no ha supuesto un estigma tan riguroso como lo ha sido en España y en general en Europa. La ruina no lleva siempre aparejada la consideración del que cae en ella como persona poco de fiar por el resto de sus conciudadanos, lo que facilita las posibilidades de recuperación o éxito en una nueva actividad. La segunda oportunidad, como concepto económico y jurídico, nace en América, en particular en las colonias norteamericanas para "defenderse" de la metrópolis. El rigor de las normas que regulan la responsabilidad patrimonial universal en Inglaterra y los países europeos se va desdibujando en las colonias para favorecer la posibilidad de liberación de deudas cuando la situación habitual era que el "londinense" era el acreedor y el "americano" el deudor. El Fresh Start americano tiene su origen en estas situaciones que se empiezan a aplicar primero y se generalizan luego a

las relaciones de los habitantes de las colonias entre ellos.

En épocas más cercanas, personajes tan diversos como W. Disney, Henri Ford, Sean Connery, o Donald Trump, tienen en común haber tenido grandes fracasos económicos hasta llegar a la quiebra personal y haber luego intentado, consiguiéndolo o no, el éxito en una segunda oportunidad. Es paradigmático el caso del religioso Lorenzo Da Ponte, libretista de la famosa ópera de Mozart Las bodas de Fígaro, quien se trasladó a EEUU, donde alcanzó el éxito profesional y económico, para evitar la amenaza de cárcel por impago de un efecto en Londres.

Los ordenamientos trasladan en forma de leyes e instituciones jurídicas lo que previamente eran conceptos e instituciones aceptadas por la sociedad, por ello ha existido en EEUU y Canadá, como hemos explicado, una regulación de la segunda oportunidad desde hace tiempo (/pese a la contradicción que supone que esta institución se compadece más con los sistemas económicos y ordenamientos jurídicos

con influencia católica que con aquellos que tienen influencias protestantes o calvinistas./)

En España se ha llegado tardíamente a plasmar en nuestro derecho positivo, porque se ha considerado tradicionalmente una institución contraria a nuestro derecho patrimonial, y a la forma de la organización de la sociedad, en las que tiene una importancia capital el principio de responsabilidad patrimonial universal que tiene como norma expresa más representativa el art 1911 del CC, que literalmente dice con rotundidad: "del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros". Además de su rigor, su redacción pone de manifiesto la claridad, concreción y precisión con que se expresaba en otras épocas el legislador.

Existe en relación a este precepto, una reiterada jurisprudencia del tribunal supremo. Por todas, que son innumerables, citaremos la sentencia de la sala primera TS de 30 de septiembre de 1991 que dice "si pudo obligarse y se obligó, contrajo en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal proclamado en el artículo 1911 del CC el deber de

pagar con todos sus bienes, presentes y futuros". También la de la sala primera del TS del 19 de noviembre de 2002 y la de la sala primera TS de 27 de febrero de 2012: "sería aplicable a ellos el principio de responsabilidad patrimonial universal del art 1911 del CC". En todas ellas se considera y se define la mencionada norma como un Principio.

La crisis iniciada en España en el año 2008 ha puesto en tela de juicio prácticamente todos, o al menos una gran parte, de los principios que inspiraban la forma de organizarnos en comunidad. Este ha sido uno de ellos.

Un sector de la doctrina (la profesora Cuenca Casas, profesora Pulgar Ezquerro, profesor Prats Albentosa) llevan años reclamando un cambio y una regulación que permita a los particulares el volver a empezar después del fracaso. Cada vez más lo ha ido demandando la sociedad, que ha ido incorporando al lenguaje coloquial conceptos nada habituales hasta ahora, como prima de riesgo, encarecimiento del crédito, mibor, listados de solvencia, desahucio, dación en pago, mediación concursal, o segunda oportunidad. Y entre los operadores más

profesionalizados, se empezó a hablar también de huidas del concurso, de escudos protectores, de acuerdos de refinanciación, otra vez dación en pago, etc. Cualquiera de estas propuestas, sin embargo, se han manifestados instrumentos pocos aptos para la persona física. Rápidamente se extendió la preocupación por la necesidad de introducción de mecanismos liberatorios y sanadores de la insolvencia al deudor, persona natural, que nunca quedaba liberado de sus deudas a diferencia de lo que ocurría con las personas jurídicas, a las que después de su liquidación en concurso, se les extinguen las deudas restantes por su propia disolución.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil número tres de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, dictado, muchísimo antes de la reforma, por José María Fernández Seijo, juez que se hizo famoso por otros asuntos, contiene expresado de una forma premonitoria y erudita, que no me resisto a repetir, la explicación de lo que pretendía arreglar y regular parte de la judicatura y el sector de la doctrina al que antes nos hemos referido. Decía el auto: " La conclusión por falta de activos del concurso del deudor, persona física, sin haber satisfecho la

totalidad de los créditos, exigiría del deudor responsable la inmediata solicitud de reapertura, aun a sabiendas de que su patrimonio ha dejado de existir...al juez no le quedaría otra opción que reabrir o declarar de nuevo el concurso, lo que convertiría al deudor en un sosias de Sísifo, el rey de Efira, obligado a empujar una piedra enorme cuesta arriba por una ladera empinada... sometido a la frustrante expectativa de que al alcanzarse la cima la piedra siempre rodaba hacia abajo...". Plantea pues el objetivo de Lege Ferenda de dar una salida razonable a las situaciones de sobreendeudamiento de particulares de buena fe, articulando mecanismos que permitan conceder a estos deudores una segunda oportunidad que no les avoque a situaciones de exclusión social.

La demanda social y judicial de cambio, se vio plasmada entre otros en el informe del Defensor del Pueblo titulado, Estudio sobre la Crisis Económica e Insolvencia Personal de mayo de 2013, en el que se propone textualmente instaurar una segunda oportunidad.

Esa demanda social, para establecer estos mecanismos liberatorios, recibe un apoyo internacional importantísimo por:

- La Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia de la Comisión de Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (UNICITRAL) años 2006, 2012 y 2014 que propone relajar la dureza con la que con carácter general es observado el fracaso económico, y ensalza los posibles efectos positivos al señalar que se es cada vez más consciente de la necesidad de reconocer que el fracaso es un hecho natural en una economía, así como de aceptar que se puede fracasar sin que ello implique necesariamente una conducta irresponsable, temeraria o dolosa. Una persona que haya fracasado puede extraer enseñanzas de esa experiencia, esas personas logran, a menudo, un gran éxito en proyectos posteriores. Y añade en las recomendaciones 194 a 196 la proposición de que las disposiciones sobre exoneración del deudor tengan por objeto permitir que un deudor, que sea una persona física, quede definitivamente exonerado del pago de sus

deudas, dándole así la oportunidad de comenzar de nuevo. Esas disposiciones podrán establecer que la exoneración no se conceda hasta transcurrido un plazo durante el cual el deudor ha de cooperar y acreditar que no ha actuado fraudulentamente. También podrá introducir la revocación de toda exoneración alcanzada por medios fraudulentos. Si contiene deudas excluidas de la exoneración convendrá reducirlas al mínimo para que el deudor pueda reemprender de verdad.

Por su parte el Fondo Monetario Internacional (FMI) en la consulta del art IV de 2014 con España señaló que se podría considerar introducir un marco de insolvencia personal que permitiera a los deudores insolventes un Fresh Start, después de haber entregado sus activos y tras un periodo considerable de esfuerzo de buena fe. La experiencia en otros países europeos ha mostrado que un marco así, puede diseñarse para que sea también de interés para el sector financiero y preserve la fuerte cultura de pago española.

En el mismo sentido se dirige la Unión Europea que impulsa esta tendencia en la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque de la insolvencia y fracaso empresarial 135/2014 que tiene como antecedente la resolución del 15 de noviembre de 2011 sobre procedimientos de insolvencias.

El apoyo internacional a la implantación de mecanismos de segunda oportunidad y liberación de deudas viene, como podemos observar, originado y dirigido a la lucha contra el blanqueo de capitales. Más que abrirle nuevas puertas a los deudores, la finalidad buscada consiste en evitar el incremento de la economía sumergida.

En respuesta a los informes, recomendaciones y peticiones de instituciones internacionales, a las demandas sociales, judiciales y de parte de la doctrina científica, y en respuesta a la crisis que había azotado con tanta fuerza a España, se promulga la ley 14/2013 de 27 de setiembre de Apoyo a los Emprendedores y su internalización, que supuso la primera regulación en nuestro ordenamiento actual de una exoneración de las deudas de una persona

física. Su introducción pasó prácticamente desapercibida y menos mal, porque además de dejar fuera del mecanismo liberador a las personas físicas que no realizan actividades empresariales tiene multitud de defectos que fueron puestos de manifiesto de inmediato, tanto por la doctrina que se oponía a su implantación como la que la proponía y esperaba.

Tuvo el mérito de la novedad y atrevimiento de introducir una regulación organizada del Acuerdo Extrajudicial del Pagos, de crear la figura del mediador concursal, lo que hizo que la nueva institución fuera conocida con el nombre de Mediación Concursal, y de abrir una grieta en el rigor del principio de responsabilidad patrimonial universal. Pero fue criticada por la doctrina hasta el extremo de ser calificada como ley Perversa, por el profesor Alfaro, quien explica que perverso es lo que corrompe las costumbres o el orden y estado habitual de las cosas y esta ley lo es porque intenta lograr sus objetivos oblicuamente y al hacerlo así corrompe el orden natural con grandes daños para la arquitectura de la legislación que pervierte. El profesor Alfaro no

es contrario a los conceptos de liberación de deudas, pero sí a la forma de diseñarlos por esta ley.

La ley 14/2013 no solo es criticada por esto sino también por la introducción de figuras como el empresario de responsabilidad limitada o la sociedad limitada de formación sucesiva, a las que gran parte de la doctrina auguraba, con acierto, un éxito cercano al 0.

En todo caso, la crítica más agria a la ley se refiere a la implantación, en los términos en los que esta lo hace de la segunda oportunidad, pues justifica la calificación de perversa porque el legislador tenía a su disposición para lograr sus objetivos, otros instrumentos más eficaces y más simples que no hubieran distorsionado el derecho en vigor ni lo hubieran hecho tan complicado, desigual, particular e inseguro.

También resaltó muchas de las contradicciones de la ley la profesora Pulgar Ezquerro y advirtió que existía el riesgo de una escasa utilización de los instrumentos introducidos como novedad en nuestro ordenamiento.

No vislumbraba gran éxito para la ley el profesor Recalde Castells, quien advertía, por otra parte, que en pocos meses se habían promulgado dos leyes de apoyo a los emprendedores sin que aún se supiera quienes eran estos "emprendedores".

Debemos destacar las Conclusiones de la XXIV Reunión Nacional de Jueces Decanos de España 2014 que contiene un anexo con un informe con el título: "La Justicia frente a la Sociedad. ¿Hacia una ley de segunda oportunidad en España?". En él se destaca la inadecuación del tratamiento de la insolvencia de la persona física y su regulación de forma insuficiente, por la ley 14/2013 proponiendo una verdadera instauración de un sistema de liberación de deuda para la persona física.

La segunda oportunidad, tal como la hemos explicado antes, se reformó y reguló de una forma complicada por el RDL 1/2015 del 27 de febrero de 2015 que, como ocurre prácticamente siempre que se recurre a los Decretos leyes contiene bastantes errores de redacción, contradicciones y conceptos indeterminados, curiosamente este D.L no fue ratificado sin más, lo que podía hacerse dada la

mayoría parlamentaria existente en ese momento, sino que se tramitó y fue promulgado como la ley 25/2015 de 28 de julio de 2015 de Mecanismos de Segunda Oportunidad, Reducción de carga Financiera y Otras Medidas de Orden Social, regulando la segunda oportunidad en España tal como hemos explicado en la primera parte de este discurso.

En el preámbulo de la ley que es una repetición literal de la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley y que podemos calificar como "Declaración de intenciones" más que como exposición de motivos o preámbulo, se justifica la incorporación del Mecanismo diciendo que "la experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos para acometer nuevas actividades e incluso para permanecer en el circuito regulado de la economía. Los mecanismos de segunda oportunidad son desincentivadores de la economía sumergida y favorecedoras de una cultura empresarial que siempre redundará en beneficio del empleo.

Reconoce con esa declaración el preámbulo de la ley considerada por casi todos como obra del que era Subsecretario de Economía y Competitividad, Miguel Temboury, cuales son los más importantes motivos que la impulsaban: La lucha contra el blanqueo de capitales mediante el acoso a la economía sumergida y en segundo lugar el favorecimiento del empleo. Solo en último término se piensa en los deudores y sus problemas económicos.

Han pasado más de tres años de julio de 2015 hasta hoy. Ya es hora de hacer un balance de los logros de la ley. Lo cierto es que se conocen pocos casos de "Acuerdos Extrajudiciales de Pagos" alcanzados con éxito (ayer firmamos uno), pero si ha habido bastantes, y cada vez hay más, deudores que obtienen el BEPI. Aquí tengo uno reconocido por el Auto de 6 de noviembre de 2017 del juzgado de primera instancia número 6 de Huelva que, en su parte dispositiva, concede a el deudor el BEPI con todos los efectos previstos al respecto en el art 178 bis de la LC decretando , además , la conclusión y el archivo del presente concurso de acreedores. Es de fecha anterior al que se publicitó en los medios y en las redes sociales como el primer caso de obtención del

Beneficio de Andalucía que era concedido por el Juzgado Mixto número 5 de Dos Hermanas a fecha 13 de diciembre de 2017.

En el años 2013 el porcentaje de concursos de personas físicas sobre el total era el 10% o inferior, en 2014 aumento hasta el 24.8%.

En todo el 2017 se declararon en concurso 1.145 consumidores y solo en el 1er trimestre del 18 lo hicieron 391.

Según publica el INE en el segundo trimestre de 2018 se iniciaron en España 1610 procedimientos concursales, lo que supone un pequeño descenso en la Variación Anual Acumulada. De ellos, 410 son de personas físicas sin actividad empresarial incrementándose esa misma Variación Anual un 7'6%.

De los 410 concursos de personas físicas sin actividad empresarial, 19 se han producido en Andalucía y por ejemplo 166 en Cataluña, 52 en Madrid, y 6 en la Rioja. La tendencia es ascendente aunque está aún lejos de las cifras de países como Alemania con 71.896 insolvencias de personas físicas

o Portugal donde el 75% de los concursos son de personas físicas.

No parece por tanto que, aunque podamos hablar de un incremento, se haya producido el efecto llamado que algunos predijeron con temor.

La presión de los acreedores profesionalizados y la doctrina opuesta a la institución así como las dudas que se le generaron a las doctrinas favorables que había quedado desilusionadas por su regulación compleja e insuficiente, hicieron que la ley fuera recibida con frialdad, y las primeras resoluciones, tanto de los juzgados de primera instancia como de las audiencias fueran en la mayoría opuestos a la concesión del Beneficio, con la excepción hecha de las procedentes de Cataluña (comunidad en la que recibe una mayor aceptación) y en particular de Barcelona, en donde los jueces se han mostrado desde el principio bastante favorables a la aplicación del BEPI.

Sin embargo se está produciendo un cambio de tendencia hasta el extremo de que una de las mayores defensoras de su implantación, la catedrática de D^o civil Matilde Cuenca, ha reconocido recientemente

que pese a las carencias de la regulación está aumentando de forma progresiva su utilización y pasado el periodo de "frialdad" se queja ahora de la "generosa" aplicación del régimen de segunda oportunidad en algunas resoluciones judiciales, y recuerda que una institución como esta que es objetivamente buena, utilizada de forma incorrecta, puede ser letal para todos y puede potenciar el encarecimiento del crédito. Así lo manifiesta en una reciente publicación de Octubre de 2018 (el Notario del SXXI n°85 Octubre-Noviembre 18).

FUTURO, NO VA A DESPARECER SE VA A REFORZAR.

La segunda oportunidad va a quedar en nuestro ordenamiento. Así lo garantiza la Propuesta Directiva del Parlamento y del Consejo de 22 nov de 2015 que impondrá a los estados miembros normas comunitarias relativas entre otras a la segunda oportunidad y aunque excluye de su ámbito de aplicación a las personas físicas no empresarios, faculta y anima a los estados miembros a ampliar la aplicación de la misma a las personas físicas no empresarias. Desde la aprobación de la directiva, los

estados miembros tendrán un plazo de 2 años para incorporarla a su derecho interno.

Existe, además, en estos momentos en el Congreso de los Diputados una proposición de ley del grupo parlamentario Ciudadanos de una nueva ley de segunda oportunidad.

La segunda oportunidad, con su régimen vigente o con otro reformado desde Europa o desde aquí, ha venido a España para quedarse.

Esta Institución, que ya hemos visto que en nada es ajena a nuestra sociedad y a nuestra historia, nos ha sido presentada en el momento de su introducción en nuestro ordenamiento jurídico resaltando sus aspectos más negativos: el riesgo de liberar a deudores oportunistas; el impacto negativo en el sistema financiero; el encarecimiento del crédito o el "efecto llamada" y el colapso de los Tribunales como consecuencia de que los deudores acudiesen en masa a estos procedimientos. También se ha considerado que tiene carácter excepcional pues la provoca la crisis económica y tenderá a desaparecer con ella. Que no es un concepto existente en el ordenamiento ni en la realidad social. Que está creada en el

extranjero y prácticamente impuesta desde el extranjero. Que quiebra lo que al menos desde la Codificación ha sido lo que nuestra Jurisprudencia y Doctrina Jurídica califican como Principio de Responsabilidad Patrimonial Universal. Y ha sido creada sin atender a una verdadera preocupación por el deudor en apuros ya que viene prácticamente impuesta por el control del Blanqueo de Capitales.

Sin embargo, desde mi punto de vista, ahora reforzado por mi nueva oportunidad en la vida, por la nueva puerta que se me ha abierto no es posible compartir prácticamente ninguno de estos argumentos. Intentaré demostrar a continuación como no se trata de una quiebra tan rotunda en nuestro Ordenamiento Jurídico. Y sobre todo que no es ni mucho menos extraña en nuestra sociedad, que forma parte de nuestro subconsciente colectivo del que quizás nos habíamos olvidado y debemos recordar.

Aunque nazca para proteger intereses económicos del Sistema, como la lucha contra la economía sumergida, y el blanqueo de capitales o como incentivo para creación de empleo, se convierte al fin y al cabo en una ayuda para deudores en dificultades.

Se debería regular con más valentía y claridad, pero es la mejor vía para hacer frente a los problemas que provocan a los deudores y a la sociedad en su conjunto las insolvencias de los particulares. Mejor sin duda que las medidas judiciales amparadas más en la equidad que en la legalidad, en la justicia distributiva más que en la conmutativa, y mejor que cualquier tratamiento populista que se propone por doquier sin fundamento jurídico alguno.

La utilización de términos en inglés, como el tantas veces repetido "fresh start" o el "discharge" nos hacen pensar que las segundas oportunidades, la recuperación o el volver a empezar son términos sin traducción alejados de nuestra cultura. Pero en nuestro entorno y en nuestra historia conocemos puertas que se abren cuando se cierran otras, segundas oportunidades, vocaciones tardías religiosas, literarias, artísticas, deportivas o profesionales.

¿Quién no conoce a alguien que ha conseguido el éxito o la satisfacción personal o el reconocimiento social después de haber fracasado en otra actividad o haberla abandonado por cualquier motivo? Por las

circunstancias más diversas, accidentes, jubilaciones, modificaciones en la situación familiar o laboral, nacimiento de un familiar con discapacidad, cambios de situación económica, traslados de residencia, todos conocemos a alguna persona que por ejemplo triunfa como pintor después de años trabajando en una institución financiera; o a quien antes era ejecutivo de una gran empresa y ahora gestiona con eficacia una ONG; o a quien la crisis motivó para el estudio y para superar una oposición en la Administración después de haber trabajado en una Notaría, o como quien tras cambios importantes en su situación familiar y después de convertirse en abuela supera un Doctorado con las más altas calificaciones; o quien tras superar un cáncer y convertirse también en abuela se gradúa en historia del arte; o como quien tras su jubilación se convierte en un afamado novelista o un experto en Taichí; o como quien tras un primer intento y tras pérdidas familiares es capaz de reinventarse y ganar una oposición, o como tantos y tantos otros. Nuestra sociedad y nuestra cultura no sólo los conoce sino que los admira y aplaude.

Igual que admira, anima y aplaude a aquellos que tienen la suerte de superar un accidente, una

enfermedad o cualquier otra situación traumática, a los que también se les abren puertas después de cerrarse otras.

Volviendo a la incorporación de la Institución en nuestro Ordenamiento Jurídico, me gustaría insistir en como el redactor del Preámbulo de la Ley, al respecto de la segunda oportunidad y la exoneración de deudas que conlleva por tanto la limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal, acude a los antecedentes legislativos históricos del artículo 1.911 del Código Civil y a su contexto legislativo, en particular a los hoy derogados 1.919 y 1.920. Estas normas contenían dos ideas principales, primero la exoneración del pasivo ligado a un convenio entre deudor y acreedores, segundo la limitación de la exoneración en caso de venir el deudor a mejor fortuna. La exoneración en el caso del cumplimiento del convenio suscitó grandes críticas que fueron acalladas por los Comentarios al Código Civil de Manresa (José María Manresa Navarro lo fue todo en el Derecho de la Codificación, se le considera en particular autor en gran parte del Código Civil por lo que sus comentarios eran absolutamente respetados).

Entendía Manresa que el 1.920 del Código Civil superaba y disipaba las dudas que sugería lo establecido en una norma mucho más antigua, nada más y nada menos que una norma contenida en las Partidas, (Ley tercera Título decimoquinto, de la partida quinta). En ella se expresaba que "el desamparamiento que face el deudor de sus bienes...ha tal fuerza que después no puede ser el deudor emplazado, nin es tenido de responder en juyzio a áquellos a quien deuiesse algo; fueras en de si ouviess fecho tan gran ganancia, que podría pagar los debdos todos, o parte de ellos, e que fincasse a el de que podiese vivir".

Así que queda acreditado que no estamos ante ninguna novedad, la ley de las partidas ya previó la liberación del deudor tras un proceso de liquidación de los bienes y además estableció una modulación de la mejor fortuna o gran ganancia posterior cuando el deudor pudiera con ella pagar sus deudas sin perjuicio de sus propias condiciones de vida. Se considera y lo explica en el preámbulo el legislador de la Ley de Segunda Oportunidad del 15 continuador y heredero de normas que fueron

redactadas justo setecientos cincuenta años antes por Alfonso X el Sabio.

Jurídicamente la regulación de la segunda oportunidad, con una técnica legislativa más moderna y que deja mucho que desear se inspiró en unos principios ya presentes en nuestro Derecho histórico. Lo mismo podemos decir al respecto de la segunda oportunidad como concepto económico, moral y social. La segunda oportunidad ha formado parte históricamente de nuestro modelo de sociedad.

En uno y otro campo nuestra actitud no puede ser pasiva. Las puertas que se abren no lo hacen con comportamientos pasivos. Es necesario abrirlas, y las abre el interesado siempre con ayuda de otros. Ayudan las familias, los amigos y compañeros, ayudan los profesionales de todo tipo, médicos, abogados, preparadores, asesores...para alcanzar segundas oportunidades hay que tener voluntad de lograrlas y hay que contar con el apoyo y colaboración de los demás. Cuando lo has visto de cerca eres más capaz de valorar el impulso y la ayuda que supone el trato de cariño de tu entorno y el trato profesional, cercano y personalizado de los demás.

Por eso coincido con aquellos que respecto a la segunda oportunidad como una institución jurídica incorporada a nuestro Ordenamiento proponen que aunque los profesionales que a ella se acercan tengan la percepción de que no es una especialización rentable, deben conocer su regulación, manejarla y recomendar su aplicación cuando corresponda.

Si en cualquier situación es evidente la necesidad de ayuda para lograr la segunda oportunidad por supuesto también lo es para la que hemos visto regulada en nuestro Ordenamiento. Para lograrla, para que el procedimiento funcione, es necesaria la voluntad y comportamiento activo del deudor de buena fe, pero también la de todos los operadores jurídicos y económicos que han de colaborar para alcanzar su buen fin. Acreedores, asesores, economistas, abogados, Notarios, Jueces y mediadores deben ser conscientes de que han de mantener en sus relaciones con el deudor un trato profesional pero lo más cercano y humano posible.

Algunos piensan que si en España no está utilizándose más es en parte por el desconocimiento de esta regulación por muchos profesionales. Se trata

de una materia transversal que merece ser manejada por cualquier economista, abogado o asesor al margen de cuál sea su especialidad, no sólo para asesorar al deudor con problemas para hacer frente a sus deudas. También los que pueden llegar a tener posiciones acreedoras deberían ser advertidos por sus asesores de que pueden ver extinguidos sus derechos de crédito por la aplicación de este régimen, para que puedan medir adecuadamente los riesgos y mantener criterios razonables de crédito responsable.

En mi reciente experiencia por la que se me ha concedido una Segunda Oportunidad he podido comprobar muy de cerca como la calidad profesional y técnica de todos los que participan en alcanzarla es imprescindible para evitar y solucionar aquellas situaciones, pero lo que más impulsa para superarlas es sentir el cariño y apoyo de los tuyos y sentir la comprensión, cercanía, sensibilidad y trato humano de todos aquellos que participan en la solución.

Cualquier individuo se siente con más fuerza para lograr su recuperación, para volver a empezar si además de recibir el tratamiento adecuado a su problema y el apoyo preciso para remontar su

situación , lo recibe y lo percibe con ese trato humano del que hablamos.

Sin duda todo ello es trasladable a las situaciones reguladas por la Ley de Mecanismo para la Segunda Oportunidad. No podemos olvidar que se trata de conceder una nueva oportunidad a una persona que no puede hacer frente a sus obligaciones y que va a quedarse prácticamente sin patrimonio pues ha de procederse a su liquidación. Normalmente estará muy afectado por su ruina personal y familiar emocionalmente y puede que físicamente. Ha cometido errores en su vida financiera, o puede que no, pero lleva tiempo encontrándose ante puertas cerradas y poca o ninguna comprensión. Deudor y acreedores tienen derecho a un trato justo y a ser amparados por la legalidad pero los operadores jurídicos y económicos (abogados, mediadores, notarios, jueces, asesores de deudores y de acreedores) deberían tener siempre en cuenta el Bien Jurídico Protegido que no es otro que la recuperación y consecución de una nueva oportunidad para el deudor. Este va a necesitar para ello además de los mecanismos legales esa cercanía, ese sentirse entendido y esa comprensión a que nos estamos

refiriendo. Por eso establece la Ley como figura central de este mecanismo a un Mediador y por eso reclamo desde mi humilde opinión esa conducta, no solo del Mediador Concursal sino de todos los operadores.

No es un trato desigual ni no sometido a la más exquisita legalidad lo que propongo. Solo es un trato humanizado amparado en una generosa y ajustada a su finalidad interpretación de la Ley.

Para finalizar, una última propuesta: aunque algunos lo hayan criticado y pese a su nombre, no estamos en España ante un régimen estricto de Segunda Oportunidad, sino ante una regulación de nuevas oportunidades (aunque limitada su reiteración excesiva a 10 años).

En realidad la ley 25/2015 fue ya una segunda oportunidad para la Segunda Oportunidad que se había establecido en 2013. Trascurridos casi 4 años parece llegado el momento de modificarla y darle una **NUEVA OPORTUNIDAD** a la regulación de la Segunda Oportunidad en España.

No puedo terminar sin reiterar los agradecimientos a la Academia, al Colegio y a mi familia expresados al principio y añadir que este texto ha podido ver la luz gracias a la inestimable ayuda de Gloria Puy, Cristina Ramos, Charo Rastrojo y Francisco Jose Martinez quienes abandonando sus obligaciones personales, familiares y profesionales, han dedicado parte de su tiempo a ayudarme en su redacción y corrección. Mis compañeros notarios miembros de la Agrupacion Notarial Méndez Núñez han colaborado con sus consejos y sobre todo liberándome de tiempo y trabajo. También me ayudaron mis hijos Poy y Tomás y por supuesto, Pastora que, una vez más me ha soportado e impulsado con su paciencia.

Solo me queda asegurar que estoy muy agradecido y me siento en deuda con todos ellos.

Muchas gracias por su asistencia y por su atención.